

Passwortschutz für Fachwerbung auf dem Internet

In zwei Entscheiden hat das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Swissmedic bestätigt, wonach der Zugang zur Fachwerbung im Internet durch ein Passwort zu sichern sei. Diese Auffassung steht in Widerspruch mit der liberaleren Praxis von anderen Behörden. Der Passwortschutz lässt sich mit den Zielen des Heilmittelgesetzes nicht rechtfertigen.

Nach Auffassung der Swissmedic darf dem Publikum die Fachwerbung im Internet nicht zugänglich gemacht werden. Der Zugang zur Fachwerbung müsse deshalb eingeschränkt und durch ein Passwort gesichert werden. Die Vergabe der Passwörter dürfe online erfolgen.¹

In zwei parallelen Verfahren hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass die durch ein Passwort gesicherte Zugangsbeschränkung unerlässlich sei, um das Publikum am unbefugten Zugang zur Fachwerbung zu hindern. Vorgeschaltete Warnhinweise oder Kontrollfragen seien ungenügend. Der Zugang zur Fachwerbung dürfe nicht der Eigenverantwortung des Nutzers überlassen werden.

Weiter erachtete das Bundesverwaltungsgericht es als problematisch, dass die Nutzer via Suchmaschinen direkt und ohne vorgeschaltete Warnhinweise auf die Fachwerbung gelangen konnten.²

Beide Entscheide betreffen nicht einen konkreten Rechtsanwendungsfall, sondern eine mehr oder weniger abstrakte Beurteilung einer Rechtsfrage bzw. Behördenpraxis.

1. Bemerkungen

Die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts bestätigen die Praxis der Swissmedic. Dennoch ist sie *abzulehnen*: Die durch ein Passwort gesicherte Zugangsbeschränkung ist nicht geeignet, die Ziele des Heilmittelgesetzes zu erfüllen. Stattdessen droht ein unverhältnismässiger administrativer Mehraufwand.

1.1. Andere Rechtsgebiete: liberalere Praxis

Die Beschränkung der Werbung auf bestimmte Personen oder Personengruppen ist keine Besonderheit des Heilmittelrechts. Auch *andere Rechtsgebiete* sehen Einschränkungen der Werbung auf bestimmte Personen vor.

Als Beispiel kann auf das Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG) verwiesen werden, das die öffentliche Werbung ebenfalls auf bestimmte Personen einschränkt. Nicht als öffentlich gilt die Werbung, wenn sie sich an qualifizierte Anleger richtet (KAG 3 i.V.m. 10 III). Die qualifizierten Anleger entsprechen also den Fachpersonen des HMG.

Auch in der Praxis der für die Aufsicht über kollektive Kapitalanlagen zuständigen FINMA hat sich die Frage gestellt, wie das Publikum im Internet vor Werbung geschützt werden soll, welche sich an qualifizierte Anleger richtet. In ihrem Rundschreiben zur öffentlichen Werbung

¹ Richtlinie zur Arzneimittelwerbung im Internet, Swissmedic Journal 8/2006, S. 796.

² Urteile C-4173/2007 und C-4176/2007 vom 24. April 2009, abrufbar unter www.bundesverwaltungsgericht.ch.

für kollektive Kapitalanlagen führt die FINMA folgendes aus:³

„Die Anbieter von kollektiven Kapitalanlagen sind im Prinzip *frei* bei der Wahl der ihnen geeignet erscheinenden *Zugangsbeschränkungen* (Fragebögen, Passwörter etc.), sofern die Kriterien für die Zugangsbeschränkung dem Besucher klar ersichtlich sind. Ein online-Fragebogen stellt aber nur dann eine ausreichende Zugangsbeschränkung dar, wenn der Besucher der Website seinen Sitz bzw. Wohnsitz angeben muss. Die Anbieter [...] *dürfen sich auf die Angaben der Besucher verlassen.*“

Auch in der Werbung für *Alkohol und Tabak* gibt es Beschränkungen auf bestimmte Personen. Die Werbung ist grundsätzlich zulässig, darf sich jedoch nicht speziell an Jugendliche unter 18 Jahren richten (LGV 4 und TabV 18). Wie für Heilmittel ist auch für Alkohol und Tabak die Werbung in Radio und Fernsehen verboten. Rechtlich wird die Werbung im Internet wie diejenige in den Printmedien behandelt. Entsprechend ist die Werbung im Internet nicht allgemein verboten oder von einer Zugangskontrolle abhängig. Für Tabak ist ein Warnhinweis im Internet zwar erforderlich, aber auch allein ausreichend.

Der Vergleich mit anderen Rechtsgebieten und der Praxis von anderen Bundesbehörden zeigt grundlegende *Widersprüche*: Warum müssen mündige Patienten besser geschützt werden als Jugendliche vor den Gefahren des Alkohol- und Tabakmissbrauchs? Die gesundheitspolizeilichen Interessen im Heilmittelrecht sind nicht höherwertiger als jene des Jugendschut-

zes vor Alkohol- und Tabakmissbrauch. Warum also diese rechtsungleiche Behandlung? Ebenso wenig ist ersichtlich, warum die Eigenverantwortung bei Finanzdienstleistungen anders beurteilt werden sollte als bei Heilmitteln. Warum darf sich ein Anbieter von Finanzdienstleistungen auf die Angaben der Nutzer verlassen, nicht aber der Hersteller von Arzneimitteln?

Soweit ersichtlich wurde diese rechtsvergleichende Betrachtungsweise nicht ins Beschwerdeverfahren eingebracht. Entsprechend musste sich das Bundesverwaltungsgericht auch nicht damit auseinandersetzen. Dieses Argument wäre aber ausschlaggebend gewesen für eine andere Beurteilung der vermeintlichen Notwendigkeit der passwortgestützten Zugangskontrolle.

1.2 Fehlende Zielkonformität

Nach Auffassung der Swissmedic soll es zulässig sein, dass die Passwörter *online* vergeben werden. Die elektronische Zugangsbeschränkung ist auf bestimmte, im Voraus festgelegte Parameter beschränkt. Unbefugte Dritte können sich deshalb den Zugang erschleichen, indem sie unter einer falschen Identität ein Passwort beantragen. Entsprechend ist das Passwort als solches nicht geeignet, den Zugang zu sichern und die mit dem Heilmittelgesetz verfolgten Ziele zu erreichen.

Auch auf dieses Argument ist das Bundesverwaltungsgericht nicht eingegangen. Soweit ersichtlich wurde im Beschwerdeverfahren nicht darauf hingewiesen, dass bei einer Online-Vergabe von Passwörtern *keine wirksame Zugangskontrolle gewährleistet* ist. Entsprechend musste sich das Bundesverwaltungsgericht auch nicht mit diesem Argument auseinandersetzen. Stattdessen ist es ohne nähere Begründung davon ausgegangen, dass die passwortgeschützte Zugangskontrolle geeignet sei, um Unberechtigten den Zugang zur Fachwerbung zu verwehren. Gerade diese Annahme ist unzutreffend.

³ Rundschreiben 08/8 Öffentliche Werbung für kollektive Kapitalanlagen vom 20. November 2008, abrufbar unter www.finma.ch/d/regulierung/Seiten/rundschreiben.aspx.

2. Auswirkungen

Die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts begründen ein wichtiges Präjudiz. Die entscheidenden Fragen bleiben jedoch unbeantwortet, namentlich die Anforderungen an die Kontrolle bei der Vergabe von Passwörtern. Solange die Online-Vergabe von Passwörtern zulässig ist, ist eine wirksame Zugangskontrolle ausgeschlossen.

Die Entscheide leisten deshalb Vorschub an einen administrativen Mehraufwand – ohne dass der Zugang zur Fachwerbung wirksam eingeschränkt wird.

Aufgrund dieser Entscheide stellt sich die Frage, welche Anforderungen bei der Vergabe von Passwörtern zu beachten sind. Aus Gründen der Verhältnismässigkeit sind an die Identifizierung eines Antragstellers keine höheren Anforderungen zu stellen als bei der Abgabe von Arzneimitteln. Mit der Vorlage eines Rezeptes gibt der Kunde zu verstehen, dass er zum Kauf berechtigt ist. Entsprechendes muss auch für

den Antragsteller eines Passwortes gelten, weshalb das Pharmaunternehmen auf dessen Angaben vertrauen darf. Solange es zulässig ist, dass verschreibungspflichtige Arzneimittel *ohne Identitätskontrolle* an den Vorweiser eines Rezeptes abgegeben werden, muss es auch zulässig sein, auf die Angaben des Antragstellers zu vertrauen. Es ist nicht ersichtlich, warum an den Zugang zur Fachwerbung höhere Anforderungen zu stellen sind als an die Abgabe von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln. Der Zugang zur Fachwerbung verschafft dem Patienten noch kein verschreibungspflichtiges Arzneimittel. Dazu ist stets ein Rezept erforderlich, was eine vorausgehende ärztliche Kontrolle erlaubt.

Unabhängig von der Frage, wie die Zugangskontrolle sichergestellt wird, muss vermieden werden, dass Dritte via Suchmaschinen direkt auf den zugangsgeschützten Inhalt zugreifen können.

Wenn Sie mehr zu diesem Thema wissen möchten, bitten wir Sie mit uns Kontakt aufzunehmen. Das PharmaCircular ist eine unentgeltliche Dienstleistung von Streichenberg Rechtsanwälte, mit der wir Sie über aktuelle Themen des Gesundheitsrechts informieren.

Christoph Willi
christoph.willi@streichenberg.ch
Tel. +41 (0)44 208 2525
Streichenberg Rechtsanwälte
Stockerstrasse 38
8002 Zürich